用途管制下的土地指标交易法律构造

陈 晓 芳

(华东政法大学 国际金融法律学院,上海 201620)

摘　要: 土地转用指标交易作为土地用途管制的配套制度,有利于实现平衡耕地保护、提高土地利用效率以及保障农民公平分享土地增值收益等多重目标。应当在科学地确定全国土地转用总量指标及初始分配的前提下,根据各地土地资源禀赋的差异,引入土地转用指标的市场交易机制,以提高土地的利用效率。政府应建立指标交易过程中的信息披露制度,监控指标落地区域的耕地质量和数量,强化事后的法律责任追究机制,以有效降低交易各方的交易费用。在完善土地复垦整理质量及质量的监督机制的前提下,逐步扩大指标交易范围至全国。

关键词: 土地用途管制;土地指标交易;法律构造

中图分类号:DF 453　　**文献标识码:**A　　**文章编号:**1000-5919(2016)03-0141-08

一、引言:背景及问题

1998 年全面修订后的《土地管理法》,基于防止耕地资源流失的担忧,确立了非常严格的土地用途管制制度。依据该法律,土地被分为农用地、建设用地和未利用地。任何人不得擅自转变土地用途,只有获得相应的土地转用指标(下文均简称为土地指标)后,才能将农用地或未利用地转为建设用地。

土地用途管制制度主要通过土地利用总体规划和年度土地利用计划,将土地指标层层分解直到基层,乃至确定每块土地用途来实现。中央政府根据上年度用地情况和本年度的经济政策走向,确定一定额度的土地指标,向省、市、区县逐级进行划拨性分配。没有土地指标,就无法进行农用地转用和征地报批。①

但是,由于作为土地指标分配者的上级政府与下级政府乃至用地单位之间,存在用地需求和非农用地边际产出方面的信息不对称,加上不同级别乃至同级但不同区域间政府的博弈,尽管在指标分解过程中会参照经济发展水平、固定资产投资状况等数据,但土地指标分配到各省市之后,可能会出现如下问题:欠发达地区的土地指标过剩,建设用地利用效率不高;而工业化和城市化先行地区的建设用地供给不足,土地指标成为稀缺物品。②

鉴于此,地方政府的应对之道主要有三条:一是申请上一级政府出面,从其他地方调整土地指标,或者通过向省国土资源厅以“点供”、独立选址项目的形式争取土地指标。但是,由中央分配至各省份的土地指标数量是有限的,且呈现逐年减少的趋势,并且同一省份内的各地区政府之间也存在激烈竞争,无偿调剂土地指标面临着不发达地区的抗议和阻力,难度越来越大;二是违法占地,瞒报少报。据统计,

---

收稿日期:2016-02-20

作者简介:陈晓芳,女,四川眉山人,华东政法大学国际金融法律学院讲师。

基金项目:华东政法大学科研项目“规划管制下建设用地指标交易法制研究”(项目批准号:13HZK010),上海市教育委员会科研创新项目“我国土地征收法律制度研究”(项目批准号:14YS080)。

① 张玲、胡传景:《市场化配置城乡建设用地增减挂钩指标的若干思考》,《广东土地科学》2011 年第 6 期。

② 相关报道可参见:常红晓、苏振华:《浙江土地警示》,《财经》2005 年第 11 期;张丽:《博弈土地指标》,《地产》2013 年第 1 期;唐敏、陈灏等:《建设用地之困:一些地区指标已透支到下个十年》,http://news.sina.com.cn/c/2013-06-24/140027483738.shtml,2015 年 12 月 5 日访问。

每年全国各地建设用地实际占用的耕地,大大超过规划的年度耕地转用指标,而地方政府则成为违法转用耕地的主体,执法监管成本高企不下。① 这一途径使得地方政府面临着较高的法律风险,并且随着国土巡回监察和卫星图片监察密度的加强,此路愈发难行;三是进行土地指标交易。其实早在 21 世纪初,《土地管理法》全面修订后不久,这种方式就已经出现②。和集体建设用地直接入市的命运相似,它经历了从基层自发实践的“非法”状态,到一定限度地予以官方承认和引导的过程,主要体现为国土资源部 2006 年以来批准的若干个城乡建设用地增减挂钩试点实践。

所谓“城乡建设用地增减挂钩”,是指依据土地利用总体规划,将若干拟复垦为耕地的农村建设用地地块(拆旧区,通常位于远郊区)和拟用于城镇建设的地块(建新区,通常位于城市近郊区)共同组成建新拆旧项目区,通过村庄整治和农民集中居住,把腾挪出来的宅基地等农村建设用地复垦为耕地。如此,地方政府就可在年度土地指标之外,“凭空”增加新的相应数量的土地指标,从而在城市近郊区非农转用等量的耕地,最终实现项目区内建设用地总量不增加,耕地不减少③,从而满足“耕地总量动态平衡”④的要求。但到目前为止,一些地区在试点过程中出现了一些问题,如片面追求增加土地指标,忽视农民的实际需求,导致农民“被上高楼”,农村“被城市化”的现象屡见报端。⑤

根据《全国土地利用总体规划纲要(2006—2020)》,在未来的一段时期内,我国农用地特别是耕地保护的目标与建设用地需求之间的矛盾将日益突出。随着耕地保护和生态建设力度的加大,我国可用作新增建设用地的土地资源十分有限,各项建设用地的供给面临前所未有的压力。⑥针对保护耕地与提高土地利用效率,以及保障农民合法权益等多重目标,目前学界已经展开对土地指标交易的研究,但主要集中在指标的性质⑦、必要性、可交易性⑧等方面,具体构造层面涉及较少。本文拟从法律制度设计的角度,从初始分配和二次交易的层次、交易主体、范围、监督机制等角度,就建立相对完整的土地指标交易法律框架提出构想。

二、指标的总量控制及初始分配的调整机制

土地指标交易的总体思路是,在总量控制的前提下,承认各地耕地资源禀赋的差异,引入市场机制,渐进地放开土地指标交易,从而清楚划分宏观调控与市场配置土地资源的法定界限。对土地指标的总

---

① 《中国土地政策蓝皮书》(2012,2013,2014),北京:中国社会科学出版社 2012 年版,2013 年版,2014 年版。

② 《“指标”交易的秘密》,《经济月刊》2003 年 12 月;汪晖、陶然:《论土地发展权转移与交易的浙江模式》,《管理世界》2009 年第 8 期。

③ 《中国土地政策蓝皮书》(2014),北京:中国社会科学出版社 2014 年 12 月版;《关于规范城镇建设用地增加与农村建设用地减少相挂钩试点工作的意见》(国土资发[2005]207 号)。

④ 1997 年中央政府提出,各省、自治区、直辖市必须严格按照耕地总量动态平衡的要求,做到本地耕地总量只增不减。详见《中共中央、国务院关于进一步加强土地管理切实保护耕地的通知》(中发[1997]11 号)。

⑤ 《赶农民上楼,荒唐在何处》,腾讯网“今日话题”,2015 年 9 月 22 日,http://view.news.qq.com/original/intouchtoday/n3290.html,2015 年 10 月 9 日访问

⑥ 《全国土地利用总体规划纲要(2006—2020)》指出,一方面,到 2020 年,我国人口总量预期将达到 14.5 亿,2033 年前后达到高峰值 15 亿左右,为保障国家粮食安全,必须保有一定数量的耕地;保障国家生态安全,也需要大力加强对具有生态功能的农用地特别是耕地的保护;同时,现代农业发展和生态建设也需要调整一些耕地。另一方面,我国正处于城镇化、工业化快速发展阶段,到 2020 年,城镇化率将达到 58%,城镇工矿用地需求量将在相当长时期内保持较高水平;推进城乡统筹和区域一体化发展,将拉动区域性基础设施用地的进一步增长;建设社会主义新农村,也需要一定规模的新增建设用地周转支撑。

⑦ 靳相木:《新增建设用地指标指令性配额管理的市场取向改进》,《中国土地科学》2009 年第 3 期。

⑧ 韩纪江、任柏强:《借鉴开发权交易推行用地指标交易的理论评述与展望》,《湖北社会科学》2011 年第 7 期;陆铭:《建设用地指标可交易:城乡和区域统筹发展的突破口》,《国际经济评论》2010 年第 2 期。

量确定及初始分配,建议应该继续保留“行政决定”的分配程序,而不宜交由市场处理。这是由初始分配的宏观调控性特征以及对土地资源配置的生态性要求决定的。耕地保有量及土地转用总量指标一旦确定下来,一般情况下不允许突破。

如何尽量科学地确定全国范围内的土地转用总量指标及初始分配,将直接影响到后续的土地资源配置,乃至城市化进程。而该指标的确定又以全国耕地保有总量的确定为前提。因此,在全国土地利用总体规划实施周期内①,如何确定全国范围内的耕地保有量是必须首先解决的问题。

首先,坚持 18 亿亩耕地红线的总量控制。② 尽管学界对这一数字以及耕地保护的重要程度尚存争议③,但在中央层面,基于政治、经济等多方面的考量,对这道红线的维护是坚定不移的④,这是本文讨论总量控制和初始分配制度的前提。

其次,对全国的农用地尤其是耕地进行定等分级,如依据土壤肥沃程度、产量高低等依次分为数个等级。这是计算耕地数量以保障粮食安全的基础,也是对之后土地整理、复垦新增耕地进行验收的基础。土地利用总体规划由中央政府制定,其中涉及一定时期(一般为 15 年)内土地转用的数量,相关主管部门可牵头组织多学科领域的专家团,包括土壤学家、气象学家、国际关系学家、经济学家等,论证在该特定时期内转用多少数量的农用地不会影响到我国粮食安全,经过充分论证后确定下一个具体的数额(或者几个评估小组分别提出预算报告,再由中央择优选用或取其平均数),并对该数额进行细分。比如一等级的基本农田最多只能转用多少亩,二等级的耕地可转用多少亩,依此类推。之所以不同等级的土地都要留出指标(包括好地,每年也要留出少部分额度),是因为有时候,一些土地虽然是很好的耕地,但其区位有充分优势,可以创造出极大的工商业价值,此时也有必要将之转化为建设用地。

但是,为了保护好的耕地,可以考虑在分配指标时,将土地的肥瘦纳入考虑因素:比如,假如某省在某个规划时期内的耕地转用指标是 100 万亩,可以规定一级地(最好的)比例不得超过 10%,二级地不得超过 30%,三级地不得少于 60% 等等。全国在一个土地利用总体规划时期内的总指标可以保持相对稳定性,一般不允许突破。此外,依《土地管理法实施条例》,土地等级每 6 年调整 1 次。这一周期应调整到与土地利用规划周期相一致,即 15 年。

然后,根据各省、直辖市、自治区的经济发展规模、过去几年建设用地的规模和增长趋势、新增建设用地所创造的综合(包括经济、环保、就业等)效益等因素,将该土地指标分配给各省、直辖市、自治区。各省市也可以在每次制定规划的时候,向中央提供论证报告,陈述本省的用地计划和理由。总之,全国土地利用总体规划纲要的制定和指标分配,应该是一个既有集中(中央统一决策)、也有民主(中央与地方、地方之间的充分协商)的过程。

土地指标到达各省后,可以根据同样的程序下放到各市。不过,在实践中,可以采用两种方式并用:一部分土地指标通过协商方式预先分配给各市县,一部分指标则由各市县竞价取得。例如,A 省每年保留一部分土地指标,由各市县根据自己的招商引资情况和项目用地计划、向省竞争申请用地指标。假若 A 省只余 100 亩土地指标,甲县引进一个企业,要求以 1 亿元购买 100 亩土地指标建工厂;乙县引进的企业则愿意以 1.5 亿元购买 100 亩土地指标。结果是该指标给乙县。依次类推,各省(或市)依据各县项目价值向省政府申请土地指标,后者根据各个项目的价值来决定如何分配。

应注意的是,2010 年 12 月 21 日国务院颁发了《全国主体功能区规划》,依据资源环境承载能力、开

---

① 土地管理法规定一般为 15 年。

② 18 亿亩这一数字如何得出,可参见王腾腾:《18 亿亩耕地红线从何而来》,《南方周末》2014 年 1 月 11 日。

③ 北京天则经济研究所课题组:《城市化背景下土地产权的实施和保护》,《管理世界》2007 年第 12 期。

④ 2013 年十八届三中全会通过的《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》强调“坚持和完善最严格的耕地保护制度”。http://news.xinhuanet.com/politics/2013-11/15/c_118164235.htm,2015 年 8 月 7 日访问。

发密度和发展潜力,将国土空间分为优化、重点、限制和禁止开发四类区域。我国城乡规划法尚未明确《全国主体功能区规划》的法律地位和效力。依据该规划对不同地区主体功能区的地位划分,将给该地区带来不同的发展机会或者承担不同的法定限制和负担①。在确定土地指标的总量及初始分配过程中,必须结合该主体功能区规划来统筹协调。

三、二次分配:土地指标市场的基本构建

由于各地经济发展实际情况在不断变化,存在巨大的信息不对称,且有着来自下级政府的政治阻力,初始分配过程中难以按照各地实际需求来最优化分解土地指标,必然会出现偏差,造成短缺和过剩并存。这时,就可以建立一个指标交易市场,用完指标的地区可以向其他地区购买土地指标。由于指标需求方和供应方均是多元的,指标的价格就可以通过竞争市场来决定。

交易主要分为以下两种情形:第一,农用地转用指标交易。指标出让方的相应农用地保持现用途(而按规划其本拥有转为建设用地的权利),指标受让方因此获得了将相应等级的农用地转为建设用地的权利。第二,存量建设用地复垦、土地整理或未利用地开发产生的新指标交易。指标出让方必须将自有的建设用地复垦为耕地,或将既有的农用地进行整理,增加耕地面积,或者开发未利用地为耕地,从而产生新的土地指标,指标受让方则获得了将相应等级的耕地转换成建设用地的权利。这两种交易情况均保证了全国范围内耕地总量不减少,建设用地总量不增加。

另外,所谓指标过剩,不一定是指不需要那么多建设用地,也可能是这种情况:甲市有一幅二级耕地,有望创造 100 万元的价值(如兴建企业),但邻省乙市土地指标缺乏,而乙市有企业愿出 200 万购买一幅土地。这时,甲市可能放弃在本地兴办企业,而将土地指标卖给乙市的企业。对国家整体来说,这笔交易意味着土地用到了最高价值的用途,也意味着,原有规划的错误被修正了,土地利用效率提高了——因为事实证明,这个指标分配给乙市比分配给甲市能够创造更大价值,但由于信息的缺乏、市场形势的难以把握,规划者错误地将这幅土地的指标分配给了甲市。同样是使用了一幅二级耕地,在原先的制度下(不允许转让指标),只能创造出 100 万的价值,而在新的制度下,可以创造 200 万价值。因此,土地指标市场将更有利于集约用地。

此外,假如两个省的土地指标都用完了,但甲省可以通过土地平整(如复垦区位较差的存量建设用地,包括农村宅基地及其附属设施用地、废弃的乡镇企业用地、废弃的农村公共设施和公益事业建设用地等),或开垦未利用地等方式增加相应等级的农用地,从而“凭空”增加了相应的转用指标。那么,其他无法创造相应等级农用地的需求省市,比如乙省,就可以向甲省购买这个转用指标,从而可以在原先分配的指标之外再转用相应等级的农用地。

针对上述制度设计,一种可能的担忧是,土地指标实现自由交易后,会不会导致大家一窝蜂卖地、甚至将质量好的土地也廉价出让用于效益不高的工业地,导致耕地浪费呢? 笔者认为,市场交易机制可以自动将土地往综合效益(指土地质量与区位等工商业优势)最高的方向引导,结果是增加而不是降低了土地利用效率。具体而言,农地转用指标分配到各地区后,在该地区范围内的同一区位(以工商业区位为标准)内,必定是质量不佳的农地先用,质量较好的农地较后使用;而从该地区整体上看,地段不好的肥地是最后被使用的土地(地段不好,意味着工商业价值不高;肥地意味着农业价值高)。这种结果是符合经济效率要求的,也是符合节约型用地原则的。

我们可举例来说明上述道理:假设某地在 2006—2020 年规划年度内,获得了 4 块农转用指标,这四块根据规划可以转用的农地可依据地段(靠近或远离城市或交通要道)和土壤质量(肥瘦)分为四个等级:A(靠近城市,土壤贫瘠),B(靠近城市,土壤肥沃),C(远离城市,土壤贫瘠),D(远离城市,土壤肥

① 郭洁:《土地用途管制的立法转变》,《法学研究》2013 年第 2 期。

沃)。

对于建设用地需求方来说,会首先在 A、B 两宗地块中选择,因为其靠近城市,意味着区位有优势,转用增值的空间比 C 和 D 要大。而在 A、B 地块中,对 A 地块的市场需求会更高,因为土壤贫瘠意味着农用地转为建设用地的成本更低,农民愿意以较低价格出售。反过来说,由于 B 地块的土地产出价值较高,B 地块的所有者在开价时,因为考虑到放弃的这部分较高的价值,所以其可接受的心理价位就会高于 A 地块的所有人。

A 供应出去后,剩下企业将在 B、C、D 中选择。由于 B 地块地段好,其创造的商业价值很高,所以其也可能比 C 和 D 先转用。在这第二轮竞争中落败的企业,只能转而寻求成本较低的土地,即位置较偏远的 C 和 D。根据同样的道理,在 C、D 两块地中,由于 D 的农地价值高、用于发展工业的成本就高,所以 C 地会先转用。这样,土壤质量最好、而地段最差的 D 地,被转用的可能性是最低的。

所以,不必担心农地转用指标市场建立后,会出现农民盲目将好的耕地大量出售的结果,因为他们在决定是否将一块地转用的时候,会综合考虑转用后的产出(发展工业的收入)以及转用的成本(农地的农业价值)。在自由市场交易的过程中,工业产出价值越低、而农业价值越高的土地,将是最后被转用的土地。

还需说明的一点是,一幅地是否应该转用,不只是看其农地价值——并不是耕地价值越高的土地就必定不应该转用,而是看其工业价值与农地价值相抵后的净价值是否为正。理论上,只要后者低于前者,转用就是有效率的。当然,实践中,对工业价值与农地价值的判断可能出错——比如错误地估计了用地企业预期产值或市场需求、错估了污染成本;又或者,对土地农业用途上长期的收入流或价值变动预测出错(比如,以为未来十年内粮食都丰收,结果在第六年发生了气候突变和灾荒)——不过,我们设计的全国性土地利用总体规划纲要,就是旨在解决或缓解这类问题:第一,可以在总体规划纲要中,将农地转用速度或规模估计得保守一点(如有必要的话),以抵消估计错误所导致的不良后果(主要是对耕地需求的长期形势预测错误的后果);第二,可以通过完善专家评估制度来缓解风险,例如,尽可能考虑到所有可能影响农地需求的中长期因素(气候、耕作技术、经济形势、国际贸易,甚至外交、军事),将相关领域的专家吸纳到制定规划的过程中。

四、土地指标市场构建中的具体问题

指标交易市场的正常运转,必须谨慎考虑其中每一个细微而重要的环节,它们决定着改革设计的成败。

首先是交易主体。要形成市场,必然就存在市场的供应主体,即“谁来卖”的问题。那么,土地指标交易的权利主体应该是谁?

在实践中,无论是已经被叫停的浙江省“折抵复垦指标有偿调剂”“异地有偿补充耕地”“基本农田异地代保”,成都的“拆院并院”、天津的“宅基地换房”、嘉兴的“两分两换”等,其一大共同点是,交易过程中政府居于主导地位,行政干预过多,农民没有充分的讨价还价能力和自主决定的权利,通常只能被动接受。并且,在各地的增减挂钩试点过程中,建新区域的农用地转用为建设用地,仍然是通过国家征收的途径,建新区域的土地权利人并未分享到更多的增值收益。

2010 年国务院下发了《关于严格规范城乡建设用地增减挂钩试点切实做好农村土地整治工作的通知》,通知指出,要“严禁盲目大拆大建和强迫农民住高楼。严禁侵害农民权益。开展增减挂钩试点,必须举行听证、论证,充分听取当地农村基层组织和农民的意见。涉及土地调整互换使用的,未征得农村集体组织和农民同意,不得强行开展增减挂钩试点”。国务院通知中明确禁止上述现象,恰恰说明了这些现象在实践中已经非常普遍或者后果严重,以至于中央政府不得不通过下发长文通知的形式予以及时制止。地方政府之所以有如此高涨的积极性来开展增减挂钩,进行指标交易,是因为地方政府政府既有行动能力,也有获利动机。交易的权利如果还是由政府所控制,那么土地指标交易就成了政府“以地

生财”的另一个工具、既有征地模式的翻版,还可能为地方官员弄虚作假、进行纸面上的“数字游戏”提供机会。①

笔者认为,应根据指标所对应的土地所有权及使用权性质确定交易主体。若为国有土地,已出让的,在出让期限内,则以国有土地使用权人为交易主体,尚未出让的国有土地则由政府代理国家作为交易主体;若为农民集体所有土地,则应以农民集体以及使用权人(农户)为交易主体。具体而言,已分配到农户个人手中的宅基地、承包经营地,其上附着的转用指标就应归农户个人所有;对于未分配到户的农民集体土地,如乡镇企业歇业倒闭后废弃的建设用地、荒废的公共设施、公益事业建设用地以及包括荒地、滩涂在内的未利用地等“公产”,其上附着的转用指标就归农民集体所有,但应确保之后的指标转让收益主要用于该集体中所有农民的社会保障。之所以把农户和农民集体均作为土地指标的交易主体,是由我国集体土地所有权的特殊性决定的。

在目前的集体土地所有制下,农户基于成员权获得土地使用权,包括宅基地使用权和土地承包经营权。这两种用益物权性质的权利,其权利强度是在不断“硬化”的。农民对其宅基地享有无期限限制的使用权,并被 2007 年《物权法》正式赋予了其用益物权的地位,而农民集体只保留名义上的所有权。法律或任何一项中央政策均未对农户享有的宅基地使用权设定使用期限;而农户享有的土地承包经营权,《物权法》也明确了其用益物权的法律地位。虽然法律设定了承包经营权的期限②,但《物权法》第 126 条第 2 款又同时规定,“土地承包期届满,由土地承包经营权人按照国家有关规定继续承包”。《农村土地承包法》第 35 条亦特别强调,“承包期内,发包方不得单方面解除承包合同,不得假借少数服从多数强迫承包方放弃或者变更土地承包经营权”。并且,从中央政府历来的态度来看,土地承包经营权是要“长久稳定保持不变”的:2008 年十七届三中全会通过的《中共中央关于推进农村改革发展若干重大问题的决定》特别指出,要“赋予农民更加充分而有保障的土地承包经营权,现有土地承包关系要保持稳定并长久不变”。③ 2013 年十八届三中全会通过的《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》也明确表示:“坚持农村土地集体所有权,依法维护农民土地承包经营权,发展壮大集体经济。稳定农村土地承包关系并保持长久不变。”④

在集体建设用地中,除开农户享有使用权的宅基地以及符合规划、可能转为集体建设用地的农用地,剩下的未分配到户的集体建设用地只占了很小一部分比例。如果以农民集体所有权而非农民土地使用权(包括宅基地使用权,土地承包经营权)为基础确定土地指标交易主体,将是对农民法定权利的严重忽视,也会动摇三十余年来农村改革的基本制度成果。

土地性质		指标交易的权利主体
国有土地	已出让的	国有土地使用权人
	尚未出让的	国家
集体土地	宅基地、承包经营土地	农户
	其他未分配到户的集体土地	农民集体

① 这种担忧已成为现实。参见《石家庄多级官员骗卖建设用地指标侵吞六千万》,人民网 2010 年 12 月 14 日,http://politics.people.com.cn/GB/1026/13470918.html,2015 年 9 月 8 日访问。

② 耕地承包期为 30 年,草地的承包期为 30—50 年,林地的承包期为 30 年至 70 年;特殊林木的林地承包期,经国务院林业行政主管部门批准可以延长。(参见《物权法》第 126 条,《农村土地承包法》第 20 条)

③ 新华社 2008 年 10 月 19 日全文发布,http://news.xinhuanet.com/newscenter/200810/19/content_10218932.htm,2015 年 8 月 7 日访问。

④ 新华社 2013 年 11 月 15 日全文发布,http://news.xinhuanet.com/politics/2013-11/15/c_118164235.htm,2015 年 8 月 7 日访问。

只有将土地指标交易的权利归还给土地权利人,才能有效遏制地方政府轻易“伸手”的冲动,还能在一定程度上弥补土地权利人因土地用途管制而被迫承担的损失。耕地保护区的农民可通过土地整理增加耕地,或者将现有的宅基地或其他建设用地复垦为耕地,从而产生新的土地指标,将其出售给需要转用指标的其他市场主体,从而获得收益。

有学者认为,将开发权(也即土地指标交易的权利——笔者注)归农民所有面临的首要问题在于,这样的制度安排会形成农民之间的不公平。开发权归政府所有,其实质不过是归全体公民所有,如果政府将所得收益全部用于农村建设,更有利于农民之间的公平分配,实现外部性的内部化。①且不说如何保障政府将所得收益全部返还于农村是个悬而未决的问题,单从权利性质来看,土地增值收益理应归农民所有,因为农民放弃了由自己使用农地的权利②。脱离了土地本身,任何规划都不可能凭空产生增值收益。并且,仅仅因为增值收益不可能做到“人人均沾”,就认定是一种“不公平”,在逻辑上也是说不通的。

其次是指标交易形式的确定。一对一的交易方式交易费用过高,应建立一个独立的全国性指标交易中心,以确保交易信息公开和交易过程顺利进行。在开始阶段,可以先从地方性交易中心起步。在交易期限方面,土地指标交易应是永久性的还是应确定一个具体期限？比如在新增土地指标交易中,如土地整理新增耕地、宅基地复垦新增耕地等都可以折抵为一定数量的建设用地指标,经交易后这些新增耕地是否应被永久保留为原用途,还是在一定交易期限结束后可进行调整？本文认为,该期限应与全国土地利用总体规划的期限保持一致。在土地利用总体规划运行期内,耕地性质应保持不变。如果下一轮土地利用总体规划予以调整③,耕地用途可能会相应跟着调整,此时相当于产生了新的土地指标。

另一个问题是,应在多大地域范围内进行指标交易。对于耕地占补平衡,现有政策将其限定在省域内的平衡④,于是在耕地后备资源即将枯竭的省份,为了完成补充耕地指标,出现了通过毁林、围湖、削山等以破坏生态环境为代价补充耕地的行为。⑤ 而对于城乡建设用地增减挂钩,现有政策则严格限制在县域范围内。⑥ 其主要的担忧是如果交易范围过大,则不容易保障复垦耕地质量。现有的试点范围市场过小,土地复耕或整理的数量非常有限,难以发挥土地的级差优势,指标交易价格也很难被充分发现。在逐渐完善土地复垦整理质量监督机制的同时,应逐渐适当地扩大交易范围直至全国。

第三是指标交易市场的监督机制问题。一个完善健全的监管体系是土地指标交易市场成败的关键。政府对市场的监管应主要包括两方面,一是政府对土地指标交易市场运行的监督,以保障交易信息的真实可靠;二是政府对于指标出让方耕地保护落实情况的监督。

数量上,可通过航拍手段进行监控,但如何保证复垦、整理、开发出来的耕地质量至少不低于转用指标最终“落地”的相应耕地质量是一个重大问题。比如,按耕地等级补充,假如乙省需要占用的土地是二级耕地,那么,甲省通过整理复垦等方式增加的耕地,也必须是二级以上的耕地。现有法律提倡和鼓励将被占用耕地耕作层的土壤用于新开垦耕地、劣质地或者其他耕地的土壤改良⑦,今后可考虑将该要求上升为法定义务。

并且,可以考虑土地质量验收与担保金相结合的方式。首先建立土地质量检测验收制度。对指标

① 万江:《土地用途管制下的开发权交易——基于指标流转实践的分析》,《现代法学》2012 年第 5 期。

② 周其仁:《收入是一连串事件》,北京:中国发展出版社 2004 年版。

③ 如根据技术进步、气候变化等因素,土地利用总体规划在新一轮的编制过程中,可能会有一定或较大的调整。

④ 2008 年党的十七届三中全会《中共中央关于推进农村改革发展若干重大问题的决定》规定,“继续推进土地整理复垦开发,耕地实行先补后占,不得跨省区市进行占补平衡”。

⑤ 《中国土地政策蓝皮书》(2014),第 156 页。

⑥ 《国务院关于严格规范城乡建设用地增减挂钩试点切实做好农村土地整治工作的通知》(国发〔2010〕47 号)。

⑦ 《土地管理法》第 32 条,《基本农田保护条例》第 16 条。

落地区域的土地质量等级的评判,需要建立一个专业评估小组(具体技术层面,这个小组可以是从一个专家库中随机抽取人员组成,也可以是由土地指标交易中心或国土部门的专业人员组成,等等)。只有验收通过后,才能确认相应的土地指标。在指标交易时,指标购买方应向指标出让方支付较大比例的(比如 80%—90%)指标转让金,剩下未支付的转让金作为土地质量的保证金。在未来的 2—3 年内,以复垦农地的年产出量作为衡量标准,如果复垦农地达到了同等级耕地的年产出量,指标购买方再将剩余的保证金归还给指标出让方。

由于整理复垦或开发出的耕地质量和生态风险的大小具有很强的公共性,还应重视和强化事后的法律责任追究机制。将来有关调整土地指标交易的法律或行政法规中应明确,在指标交易完成后的若干年限内,监管部门或其他任何人发现整理复垦或开发的耕地质量明显不符合相关等级要求的,应视具体情形追究交易当事人的法律责任;如果土地质量验收机构在验收过程中存在过错的,还应追究相关验收人员的行政责任。

五、结　论

在目前的土地管理制度下,为了保护耕地,土地用途管制不能轻易废除。但是土地用途管制必然面临着“计划失灵”的问题。此时,土地指标交易可以有效消解转用指标在不同地区的刚性约束,促成资源有效配置。通过农村存量集体建设用地的复垦,原有农用地的整理,以及对未利用地的开发,有望释放出大量的土地指标,在保证耕地数量不减少的同时,缓解部分地区建设用地严重短缺的困扰。① 同时,它有助于保障农民土地权利,使其能公平分享土地增值收益。

在构建土地指标交易市场的过程中,首先应科学地确定转用指标的总量,调整现有的初始分配机制。进一步地,除开尚未出让的国有土地,政府应从指标交易和利益分配中退出,将交易权利归还给个人及农民集体。在土地指标交易市场培育之初,各方欲达成交易仍存在较为高昂的谈判成本。此时,政府应在其中发挥重要作用,包括完善指标交易形式、落实指标交易中的信息披露制度,确保指标落地区域的耕地质量,强化事后的法律责任追究机制,等等,以有效降低交易各方的交易费用。

The Legal Structure of Land Quota Transaction on the Premise of Land Usage Control

Chen Xiaofang

(*International School of Financial Law, East China University of Political Science and Law, Shanghai* 201620, *China*)

Abstract: The transaction of land conversion quota contributes to protecting cultivated land, increasing the efficiency of land usage, and guaranteeing the fair share for the peasants from the appreciation of the land value. On the premise of scientifically ascertaining the aggregate quota of land conversion and its initial distribution on a nationwide scale, we should introduce market mechanism. To lower the transaction costs for each party involved, the government should be responsible for the information disclosure, and the guarantee of the quality and quantity of the cultivated land in target areas, and also intensify the legal liability tracing system. Based on the improvement of the land consolidation and land reclamation, and the enhancement of their supervisory mechanism, the scope of the quota market should be gradually expanded to a nationwide level.

Key words: land usage control, transaction of land quota, legal structure

(责任编辑　李　铄)

① 据国土资源部测算,中国约有 2.7 亿亩农村集体建设用地,约为城镇建设用地的 2.5 倍。在集体建设用地中,农民宅基地至少占 70%,而集体经营性建设用地约占 10%。农村人均村庄用地面积约为 218 平方米,远远高于城市人均用地(133 平方米),也远超《镇规划标准》中规定的人均建设用地最高限额标准(150 平方米),且空心住宅达到 10%—15%。参见《中国土地政策蓝皮书》(2014)。